Der Rechtsfall der lex 62 Digestorum 17,2 im Lichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

□□

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Ludwig Markus

Gerichtsassessor.

Potsdam.

Druck von A. W. Hayns Erben.

1909.

Der Rechtsfall der lex 62 Digestorum 17,2 im Lichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

□ □

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

Ludwig Markus
Gerichtsassessor.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Potsdam.
Druck von A. W. Hayns Erben.
1909.

Referent: Professor Bernhöft.

Meiner Mutter.

Literaturverzeichnis.

Achilles-Strecker, Die Grundbuchordnung, Berlin 1901.

Basiliken (Heimbach).

Beseler, System des Gemeinen Deutschen Privatrechts.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Das Sachenrecht, 2. Aufl., Berlin 1903.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1905.

Boehm, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Hannover 1900.

Brecht, Vom Verkauf einer fremden Sache, Borna-Leipzig 1906.

Brons, § 119 des Bürgerlichen Gesetzbuches, Rostock 1906 (Diss.).

Burchard, Deutsche Juristenzeitung, 1898, S. 487ff.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl., Jena 1903.

Claussen, Der Rechtsfall l. 62 D. XVII, 2 im Gemeinen Recht und im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Borna-Leipzig 1906 (Diss.).

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Tübingen 1902.

Dahn, Handelsrechtliche Vorträge, Leipzig 1877.

Danz, Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach BGB. in Iherings Jahrbüchern, Bd. 46, S. 432ff.

Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., Berlin 1900.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, 3. Aufl., Berlin 1906.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1896.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Berlin 1903.

Enneccerus-Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Marburg 1909.

Eccius, Das Recht auf Eigentumsverschaffung, Gruchots Beiträge, Bd. 50, S. 494ff. Bemerkungen zur Rechtssprechung, des Kammergerichts in Grundbuchsachen, Deutsche Juristenzeitung, 1902, S. 61ff.

Eccius, Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, Gruchots Beiträge, Bd. 47, S. 51ff.

Eccius, Gruchot, Bd. 41, S. 881.

Förster, Die Konvaleszenz der Auflassungserklärung, Recht 1902, S. 165.

Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 7. Aufl., Berlin 1896.

Franck, Die Rechtsmängelhaftung beim Kauf beweglicher Sachen, Greifswald 1907 (Diss.).

Freund, Der Eingriff in fremde Rechte, Breslau 1902.

Frommhold, Das Erbrecht, Berlin 1900.

Fuchs, Grundbuchrecht, Berlin 1902.

Galinsky, Die Herausgabeforderung des Berechtigten bei Rechtsverlust infolge von Verfügungen des Scheinberechtigten Breslau 1906 (Diss.).

Gärtner, Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust.

Gareis, Das Deutsche Handelsrecht, Berlin 1903.

Gaupp-Stein, Zivilprozeßordnung, 6.—7. Aufl.

Gierke, Personengemeinschaften und Vermögensinbegriffe in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin 1889. Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht, Leipzig 1889. Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887. Deutsches Privatrecht, Leipzig, Bd. 1 (1895), Bd. 2 (1905). Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem Neuen Recht, 2. Aufl., Berlin 1902. Handelsgesellschaft und Bürgerliches Recht; im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 114ff.

Glücks Pandekten, Bd. 17.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin 1903.

Güthe, Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1905.

Hasebrink, Die Rechtsbehelfe des Käufers einer gestohlenen Sache, Borna-Leipzig, 1906 (Diss.).

Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.

Hellwig, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechtes, Leipzig 1903.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, München 1900.

Jörges, Zur Lehre von Miteigentum und der gesamten Hand nach Deutschem Reichsrecht, in Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 49 und 51.

Jordan, In Badische Rechtspraxis, 1906, S. 243ff.

Josef, Das Miteigentum des Miterben an den einzelnen Nachlaßsachen, in der Zeitschrift des Deutschen Notarvereins, 5. Jahrg., 1905, S. 330ff.

Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, Leipzig 1902.

Kaufmann, Juristische Wochenschrift, 1904, S. 349.

Knoke, Das Recht der Gesellschaft, Jena 1901.

Krauel, Die Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten beim Miteigentum.

Krech, Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden, Greifswald 1901 (Diss.).

Kress, Die Erbengemeinschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Jena 1903.

Krüger-Mommsen, Corpus juris civilis.

Krückmann, Wandlung und Anfechtung beim Kauf, Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 48, S. 420ff.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1904.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1902.

Lenel, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, Iherings Jahrbücher, Bd. 44, S. 3.

Leonhard, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1900.

Leonhard, Der Erbschaftsbesitz, Jena 1899.

Lux, Die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft, München 1906.

Männer, Sachenrecht, 2. Aufl., München 1906.

v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903.

Matthiass, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1900.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, amtliche Ausgabe, Berlin 1888.

Mugdan, Die gesamten Materialien für das Deutsche Recht.

Nagler, Die gesamte Hand im Gesellschaftsrecht, Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 10, S. 695ff.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Berlin 1905.

Neumann, Jahrbuch des Deutschen Rechts.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, 3. Aufl., Berlin 1904.

Oberneck, Die Preußischen Grundbuchgesetze, Berlin 1896.

Örtmann, Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Berlin 1906.

Opet und **Blume**, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1906.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., Berlin 1906.

Petri, Die Gewährleistung der Mängel im Recht beim Sachkauf, Straßburg 1899 (Diss.).

Plessen, Die Grundlagen der modernen condictio, Leipzig 1904.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Predari, Die Grundbuchordnung, Berlin 1907.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1899.

Riefs, Der Anspruch des Berechtigten aus Rechtshandlungen eines Unberechtigten, Breslau 1902.

v. Seeler, Das Miteigentum nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Halle 1899.

v. Seeler, Deutsche Juristenzeitung, 1899, S. 16.

Sohm, Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Leipzig 1905.

Schippers, Inwieweit ist der Erbe befugt, Erbschaftssachen zu vindizieren, welche der gutgläubige Besitzer der Erbschaft veräußert hat, Leipzig 1898 (Diss.).

Scherer, Das Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Erlangen 1899.

Schlofsmann, Anspruch, Klage, Urteil und Zwangsvollstreckung auf Herbeiführung eines Rechtserfolgs, Iherings Jahrbücher, Bd. 45, S. 97ff.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1904.

Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., Berlin 1907.

Stapenhorst, Geschäftsführung und Vertretungsmacht bei der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts, Greifswald 1901 (Diss.).

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. bis 4. Aufl.

Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. 1, 1893.

Strohal, Der Sachbesitz in Iherings Jahrbüchern, Bd. 38, S. 113ff.

Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung beim Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem BGB., Gruchots Beiträge, Bd. 46, S. 1ff.

Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht, 3. Aufl., Paderborn 1906.

Ubbelohde, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Iherings Jahrbücher, Bd. 39, S. 139.

Wangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl., Marburg und Leipzig 1867.

Wächter, Pandekten, Leipzig 1881.

Weiland, Struktur und Rechtssphäre der Gesellschaftsschulden, Bonn 1902.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1906.

Wolf, Paul, Über das schlichte Mobiliareigentum unter dem Rechte des BGB., Gießen 1902 (Diss.)

Wolff, Martin, Der Mitbesitz nach dem BGB., Iherings Jahrbücher, Bd. 44, S. 154.

Wolff, Th., Die ungerechtfertigte Bereicherung, Archiv für die zivilist. Praxis, Bd. 91, S. 366.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen.

Abkürzungen.

ERG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
IJ. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
JW. = Juristische Wochenschrift.
KG. = Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts Johow-Ring.
OLG. = Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechtes.
DJ. = Deutsche Juristenzeitung.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis 5
Einleitung 13
Kap. I. Die Rechtsstellung des Gesellschafters bzw. seines Erben zur Gesellschaftssache 17
Kap. II. Die zwischen den Beteiligten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte 29
a) Der Kaufvertrag 29
b) Die Übereignung der Sache 35
c) Der Vertrag zwischen B. und F. 39
d) Die Übereignung des Geldes 40
Kap. III. Die entstandenen Rechtsbeziehungen 41
1. Fall der Genehmigung der Veräußerung . . 41
2. Fall der Nichtgenehmigung der Veräußerung . 45
a) Die Ansprüche des X. 45
b) Die gemeinschaftlichen Ansprüche der Gesellschafter B. und E. 50
c) Ansprüche des E. 53
d) Das Rechtsverhältnis zwischen B. und E. . 54
Kap. IV. Die Rechtslage im Falle der Veräußerung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücks 56
a) Die Eintragung von F. ist nicht erfolgt . . 56
b) Die Eintragung des F. ist erfolgt 60
Anhang 61

Einleitung.

Das corpus iuris Justinians hat auch nach Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs seine Bedeutung für die Rechtswissenschaft nicht eingebüßt. Seine unerschöpfliche Kasuistik bietet der Wissenschaft noch heute eine Fülle der Anregung, teils, weil die behandelten Rechtsfälle zu theoretisch interessanten Fragen Anlaß geben können, sodann, weil ihre klassische Behandlung durch die römischen Juristen vorbildlich geblieben ist. Abgesehen hiervon, können die Fälle, die ja fast stets dem Leben entnommen waren, zum großen Teil auch heute noch praktisch werden, soweit eben nicht veränderte Lebens- und Wirtschaftsbedingungen dem entgegenstehen.

Allerdings muß die von den römischen Juristen im Einzelfalle gefundene Entscheidung unter dem Bürgerlichen Gesetzbuch häufig eine völlig andere werden, da auf einer großen Reihe von Gebieten das Bürgerliche Gesetzbuch unter dem Einfluß deutschrechtlicher Gedanken in prinzipiellem Gegensatz zum Römischen Rechte steht. Selbst auf dem Gebiete des Obligationenrechts, das sich noch am meisten an das Römische Recht anlehnt, macht sich dieser Gegensatz häufig sehr bemerkbar, insbesondere, im Rechte der Gesellschaft, dem die im folgenden behandelte l. 62 D. 17,2 angehört.

Während nach Römischem Recht infolge der streng individualistischen Auffassung der societas der Fall keine

besonderen Schwierigkeiten bot, erheben sich bei Anwendung Bürgerlichen Rechts eine Reihe von Fragen, da die innere Struktur des im Bürgerlichen Gesetzbuch angewendeten Gesamthandprinzips noch nicht wissenschaftlich derart geklärt ist, um im einzelnen Falle sofort zu zweifelsfreien Folgerungen hinleiten zu können.

Die Behandlung des Rechtsfalles der 1. 62 D. 17,2 im Lichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs gibt daher nicht nur Gelegenheit zur Beleuchtung des zwischen der societas der Römer und der Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorhandenen fundamentalen Gegensatzes, sondern auch zu einer Untersuchung des Wesens des Gesamthandprinzips.

Der Tatbestand des Rechtsfalls ist in kurzen Worten folgender[1]):

[1]) Text und Übersetzung der 1. 62 D. 17,2:

Pomponius libro tertio decimo ad Sabinum: Si Titius, cum quo mihi societas erat, decesserit egoque, cum putarem Titii hereditatem ad Seium pertinere, communiter cum eo res vendiderim et partem pecuniae ex venditione redactae ego, partem Seius abstulerit, te, qui re vera Titio heres es, partem ad me redactae pecuniae societatis iudicio non consecuturum Neratio et Aristoni placebat, quia meae dumtaxat partis pretium percepissem, neque interesse, utrum per se partes meas vendidissem an communiter cum eo, qui reliquas partes ad se pertinere diceret. Alioquin eventurum, ut etiam, si duo socii rem vendiderint, unusquisque quod ad se pervenerit partem alteri societatis iudisio praestare debeat. Sed nec te ex parte, quam hereditatis petitione forte a Seio consecuturus sis, quicquam mihi praestare debere, quia, quod ad Seium pervenerit, tuarum partium pretium sit nec ad me habentem meum quicquam ex eo redire debeat.

Pomponius im 13. Buch zum Sabinus: Wenn Titius, mit dem ich in einem Gesellschaftsverhältnis stand, gestorben ist,

Die Gesellschafter A. und B. haben zum Gesellschaftsvermögen eine Sache erworben und gemeinschaftlich in Besitz genommen. A. stirbt. Sein vermeintlicher Erbe ist F. B. und F. verkaufen und übergeben die Sache dem X. Sie teilen sich in den Erlös[2]). Nachträglich stellt sich heraus, daß nicht F., sondern E. der Erbe des A. ist[3]).

Der Verfasser hat sich zur Aufgabe gesetzt, die entstandenen Rechtsverhältnisse möglichst nach allen Rich-

---

und ich in der Meinung, die Erbschaft gehöre dem Sejus, gemeinsam mit diesem Nachlaßsachen verkauft habe, und wenn einen Teil des aus dem Verkaufe eingenommenen Geldes ich, einen Teil Sejus genommen hat, so ging die Ansicht des Neratius und Aristo dahin, daß du, der du in Wirklichkeit der Erbe des Titius bist, nicht einen Teil des von mir eingenommenen Geldes mit der actio pro socio erlangen kannst. Denn ich hätte nur den Preis für meinen Anteil bekommen, und es mache keinen Unterschied, ob ich meine Anteile für sich allein verkauft hätte, oder gemeinsam mit demjenigen, der behauptete Eigentümer der übrigen Anteile zu sein. Anderenfalls würde sich ergeben, daß sogar, wenn zwei Gesellschafter eine Sache verkauft hätten, jeder dem anderen einen Teil von dem, was an ihn gekommen sei, auf die actio pro socio hin erstatten müsse. Aber auch du seiest nicht verpflichtet, mir von dem Teil, den du etwa mit der hereditatis petitio von Sejus erlangen würdest, etwas zu erstatten. Denn was an Sejus gekommen sei, sei der Preis für seine Anteile, und hieraus brauche mir, der ich das mir Zukommende hätte, nichts zuzufließen.

[2]) Es wird im folgenden unterstellt, daß bereits im Kaufvertrage vereinbart war, daß der Preis an B. und F. je zur Hälfte gezahlt werden sollte.

[3]) Es leuchtet ein, daß gerade infolge der Einführung des holographischen Testaments ein derartiger Fall auch heute noch leicht praktisch werden kann. Man braucht z. B. nur daran zu denken, daß F. der gesetzliche Erbe des A war und nachträglich sich ein holographisches Testament vorfand, in dem E. zum Erben eingesetzt war.

tungen hin zu untersuchen, und hat daher zunächst unterstellt, daß es eine bewegliche Sache ist, die zum Vermögen der zwischen A. und B. geschlossenen Gesellschaft gehört. Sodann ist aber auch geprüft worden, wie weit etwa die Rechtsverhältnisse anders zu beurteilen sind, wenn es sich um ein Grundstück gehandelt hätte; ein Gegensatz, der von den römischen Juristen bei der einheitlichen Ausgestaltung ihres Mobiliar- und Immobiliarsachenrechts nicht vorhanden war.

Die Erörterung geht von der allgemeinen Frage aus, welche Rechte Gesellschafter des Bürgerlichen Rechts an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen haben. Aus der Beantwortung dieser Frage ergibt sich, welche Rechte A. und B. bzw. E. als der wahre Erbe des A. an der erworbenen Sache vor ihrer Weiterveräußerung hatten. Sodann sind die einzelnen zwischen den Beteiligten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte auf ihre juristische Natur und Wirksamkeit untersucht und hieraus schließlich die entstandenen Rechtsfolgen abgeleitet worden.

I. Kapitel.

Die Rechtsstellung des Gesellschafters bzw. seines Erben zur Gesellschaftssache.

Die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden nach § 718 Abs. 1, BGB. Gesellschaftsvermögen. Das Entsprechende war im Römischen Recht der Fall. Nur hatte hier die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Gesellschaftsvermögen eine völlig andere Bedeutung als heute. Nach Römischen Recht bestand lediglich eine obligatorische Verpflichtung der Gesellschafter, die zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände den Zwecken der Gesellschaft zu erhalten. Die dingliche Berechtigung der Gesellschafter unterschied sich nicht von der gewöhnlicher Miteigentümer. Jeder Gesellschafter war zu einer ideellen, fest bestimmten Quote Eigentümer[1]) der Sache, jeder konnte über seine portio daher frei verfügen[2]), nur war er, da ein Dritterwerber an den Gesellschaftsvertrag nicht gebunden war, seinen Mitgesellschaftern gegenüber obligatorisch verpflichtet, solche Verfügungen zu unterlassen. Verstieß

[1]) Auf die Streitfrage, wie das Quotenrecht zu konstruieren, ob Teilung der Sache oder des Rechts vorliegt, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Vgl. Windscheid-Kipp Bd. 1, § 142, 4, S. 706 zu Anm. 10a.

[2]) Dernburg, Pandekten Bd. 1, 2, § 195, S. 65, Anm. 8.

ein Gesellschafter gegen diese obligatorische Verpflichtung dadurch, daß er seinen Anteil doch an einen Dritten veräußerte, so stand der dinglichen Rechtsänderung in bezug auf den veräußerten Anteil nichts im Wege. Der untreue Gesellschafter haftete aber mit der actio pro socio auf Schadenersatz, ja er hatte im Falle seiner Verurteilung Infamie zu gewärtigen.

Das heutige Recht hält den obligatorischen Schutz des Bestandes des Gesellschaftsvermögens nicht mehr für ausreichend. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat vielmehr im Gegensatz zu dem ersten Entwurf, der völlig unter dem Einfluß der romanistischen Doktrin gestanden hatte, hauptsächlich auf Veranlassung Gierkes [1]) eine dingliche Bindung des Gesellschaftsvermögens eingeführt. Es bezeichnet nämlich im § 718, Abs. 1 das Gesellschaftsvermögen als das allen Gesellschaftern gemeinschaftliche Vermögen und bestimmt in § 719, Abs. 1, daß der einzelne Gesellschafter weder über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen noch über seinen Anteil an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen verfügen kann[2]). Es können also Verfügungen über das Gesellschaftsgut nur von allen Gesellschaftern gemeinschaftlich vorgenommen werden.

Hiermit ist dem deutschrechtlichen Prinzip der gesamten Hand für die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts neues Leben gegeben worden[3]). Das Wesen des Gesamthand-

---

[1]) Gierke, Personengemeinschaften usw. S. 95 ff. Der Entwurf des BGB. für das Deutsche Reich S. 252 ff.

[2]) Als weitere Beispiele für die dingliche Bindung sind zu nennen: die Vorschriften der §§ 719, Abs. 2, 720, 725 Abs. 2, 738 BGB. und 735, 859 ZPO.

[3]) Vgl. Gierke, Archiv f. Bürgerl. R. Bd. 19, S. 117 ff.

prinzips besteht darin, daß eine Gemeinsphäre existiert, in der nicht der Wille des einzelnen, sondern der geeinte Wille aller herrscht[1]). Das Gesellschaftsvermögen stellt eine derartige Gemeinsphäre dar, da hier nur der gemeinschaftliche Wille aller Gesellschafter rechtliche Bedeutung hat.

Mit der Wiedereinführung des Prinzips der gesamten Hand ist auch für das Bürgerliche Gesetzbuch die alte Streitfrage, welcher Art die Berechtigung des einzelnen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen und den dazu gehörigen Gegenständen ist, wieder praktisch geworden. Im vorliegenden Falle hat uns nur die Frage zu beschäftigen, ob der einzelne Gesellschafter an den einzelnen Gegenständen des Gesellschaftsvermögens ein dingliches Sonderrecht hat. Die hierüber bestehenden verschiedenen Meinungen lassen sich in zwei Gruppen teilen[2]) Eine große Anzahl Schriftsteller[3]) nimmt im Anschluß an Gierke an, daß Eigentümer der Gegenstände die zur Gesamthand verbundenen Gesellschafter in der Weise seien, daß dem einzelnen Gesellschafter überhaupt kein Eigentumsbruchteil an den einzelnen Gegenständen zustehe. Der einzelne habe nur einen mittelbaren (latenten) Anteil, der nicht dinglicher, sondern personenrechtlicher[4]) Natur

[1]) Vgl. Gierke, Personengemeinschaften usw. S. 53/54.

[2]) Eine gute Zusammenstellung gibt Nagler im Sächs. Arch., Bd. 10, S. 695 ff.

[3]) Gierke, Genossenschaftstheorie S. 53 ff.; Vereine ohne Rechtsf. S. 27; Deutsches Privatrecht S. 676, Nr. 3; Planck III, § 925, Bem. 9, S. 205, Nr. 3; Endemann 1, § 180, S. 1130; Staub I, § 105, S. 416, Anm. 27; Oberneck 1, § 68, S. 464; Fuchs I, § 925, Bem. II, S. 210; Turnau-Förster I, § 925, Bem. III, 1, S. 452; Neumann I, § 719, Bem. I b, S. 451.

[4]) Dies betont insbesondere Sohm, Gegenstand § 12, S. 65; auch Gierke, Genossenschaftstheorie S. 346.

sei. Es ist dies die sogen. Theorie der ungeteilten Mitberechtigung. Ihr hat sich in ständiger Rechtsprechung das Reichsgericht und das Kammergericht angeschlossen[1]). Allerdings sieht das Reichsgericht nicht nur die Gesamtheit der Gesellschafter, sondern auch den einzelnen Gesellschafter als Miteigentümer an, aber immer wieder — insbesondere auch in der neuesten diese Materie betreffenden Entscheidung (Bd. 68, S. 412) — hat das Reichsgericht betont, daß von einem Eigentum nach Bruchteilen nicht die Rede sein könne. Dieser Theorie steht die der geteilten Mitberechtigung[2]) gegenüber, welche annimmt, daß jedem Gesellschafter ein unmittelbares dingliches Sonderrecht an den Gesellschaftssachen zustehe, daß aber die Gesellschafter in ihrer Verfügung über dieses Recht zugunsten der Gesamthand beschränkt seien. M. E. ist der Gierkeschen Theorie aus folgenden Gründen beizutreten: Ein dingliches Recht setzt die Befugnis zu einer unmittelbaren Herrschaft über eine Sache voraus[3]). Der Wille des Berechtigten muß für die Sache im ganzen oder in einzelnen Beziehungen maßgebend sein[4]). Diese

[1]) Vgl. ERG. Bd. 68, S. 412 ff.; 65, S. 232; 61, S. 75; 60, S. 728; 57, S. 432; 56, S. 209; 56, S. 432; 54, S. 280; KG. 28 A, S. 252; 27 A, S. 277; 24 A, S. 111; dagegen hat das Oberverwaltungsgericht in einzelnen Entscheidungen einen abweichenden Standpunkt vertreten. Vgl. Staub I, § 105, Anm. 27, S. 417.

[2]) Sie wird u. a. vertreten von Nagler, Sächs. Arch., Bd. 10, S. 733 ff.; Joerges Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht Bd. 49, S. 172 ff. und Bd. 51, S. 47 ff.; Binder III, S. 27 ff.; Dernburg, BGB. II, 2, § 359 II, S. 623; Windscheid-Kipp II, § 407, S. 790; Cosack II (I.—II. Aufl.), § 266 I, 1, S. 365; Goldmann-Lilienthal I, § 197, 4, S. 759; Müller, S 34; Landsberg I, § 139, I a, S. 483; Josef, Zeitschr. d. dtsch. Not.-V. 1905, S. 330 ff.

[3]) Dernburg, Pand. I, 2, § 192, S. 53.

[4]) Windscheid-Kipp I, § 38, S. 166.

begriffliche Voraussetzung jeglichen dinglichen Rechtes fehlt der Beziehung des einzelnen Gesellschafters zur Gesellschaftssache. Da dem einzelnen das Verfügungsrecht durch § 719, Abs. 1 BGB. genommen ist, so ist sein Wille für das rechtliche Schicksal der gemeinschaftlichen Sache ohne jede unmittelbare Bedeutung. Der Einzelwille hat nur eine mittelbare Beziehung zur Sache dadurch, daß er fähig ist, ein Element des Gemeinwillens zu werden, und daß jeder Gesellschafter auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages ein Recht darauf hat, daß sein Einzelwille bei der Bildung des Gemeinwillens mit berücksichtigt werde. Dieses Recht des einzelnen ist nur eine Folge seiner personenrechtlichen Stellung[1]) im Verbande der Gesellschafter. Es kann daher, da es die Sache nicht unmittelbar ergreift, nicht als dingliches Recht bezeichnet werden. Ein solches (Eigentum) steht nur allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Hat der einzelne aber kein Recht an der Sache, so steht er ihr wie ein Dritter gegenüber. Er ist der Machtstellung des Eigentümers, die sich im wesentlichen im Verfügungsrecht äußert, entkleidet. (Vgl. § 903 BGB.)

Gegen die Annahme einer bloßen Verfügungsbeschränkung spricht auch das allgemeine Prinzip des § 137 BGB. Hiernach kann niemand sein Verfügungsrecht über eine Sache durch Rechtsgeschäft beschränken. Dagegen kann natürlich jeder sein Verfügungsrecht aufgeben. Wäre in der Einbringung von Sachen zum Gesellschaftsvermögen nur eine Verfügungsbeschränkung zu erblicken, so wäre in das Gesetz ein unüberbrückbarer Zwiespalt getragen. Denn jede Einbringung von Sachen in ein Gesellschafts-

[1]) Vgl. Gierke, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 19, S. 119.

vermögen würde eine wirksame rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung darstellen.

Endlich[1]) kann nicht außer acht gelassen werden, daß das BGB. die Gesellschaft in einen bewußten Gegensatz zur Gemeinschaft nach Bruchteilen gestellt hat. Wenn die Stellung der Gesellschafter zu den gemeinschaftlichen Gegenständen doch nur ein Miteigentum mit einer dinglich wirkenden Verfügungsbeschränkung wäre, so hätte die scharfe Scheidung keine innere Berechtigung.

Daß das Gesetz selbst in § 719 Abs. 1 das Wort „Anteil" verwendet[2]), spricht m. E. nicht gegen die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung. Denn das Wort „Anteil" braucht hier durchaus nicht die Bedeutung von dinglichem Anteil zu haben, es kann vielmehr sehr wohl den Sinn von „Wertanteil" oder „Beteiligung" haben[3]). Abgesehen davon aber, daß es wohl auch prinzipiell unzulässig sein dürfte, den Gebrauch eines einzigen Wortes durch das Gesetz gegen schwerwiegende innere Gründe als ausschlaggebend anzusehen, ergibt sich im vorliegenden Falle auch aus den Protokollen, Bd. 2, S. 413, daß das Gesetz zu der hier behandelten Streitfrage gar nicht hat Stellung nehmen wollen.

Berechtigter als dieser Einwand scheint es zunächst zu sein, wenn Binder, Bd. 3, S. 27, geltend macht, daß

[1]) Hierauf macht Fuchs, I S. 209, aufmerksam.

[2]) Ein Einwand, der von Joerges, a. a. O., S. 183, erhoben wird.

[3]) Fuchs, I, § 225, II, S. 210 nimmt mit Recht an, daß das Wort „Anteil" nur auf das etwaige Anrecht des Gesellschafters, das er bei einer Auseinandersetzung haben kann, hinweist. Auch das RG., Bd. 65, S. 232 spricht aus, daß dieser Anteil nicht als nach ideellen Quoten geteiltes Miteigentum anzusehen ist.

die Teilung eines Rechtes unter mehrere Personen ohne Sonderanteile der einzelnen unvorstellbar und logisch unhaltbar sei. Auch dieser Einwand ist aber nicht zutreffend. Der Begriff „Eigentum“ ist eine Abstraktion, die sich in eine Reihe einzelner Befugnisse auflösen läßt. Jede Definition des Begriffs „Eigentum“ versucht eine solche Auflösung. Es ist nun sehr wohl denkbar, daß mehrere Personen zusammen die den Inhalt des Eigentums ausmachenden Befugnisse haben, während dem einzelnen solche Befugnisse nicht zustehen, so daß also die Gesamtheit, die dem einzelnen fehlende Rechtsstellung des Eigentümers hat. In Wahrheit findet hier eine Teilung des Eigentums gar nicht statt. Der Ausgangspunkt Binders ist also unrichtig.

Daß die Gierkesche Theorie zur Annahme einer juristischen Person [1]) oder relativen juristischen Person [2]) nötige, ist ebenfalls zu bestreiten. Denn sehr wohl können mehrere Personen vermittelst ihres Gemeinwillens eine Sache beherrschen, ohne daß deshalb ein über den einzelnen Personen stehendes Rechtssubjekt vorhanden zu sein braucht. Zwar muß jede juristische Person einen Gemeinwillen bilden können; deshalb braucht aber noch nicht überall da, wo ein Gemeinwille möglich ist, eine juristische Person zu bestehen. Hierüber bestimmt vielmehr ausschließlich das positive Recht.

Auch die landesgesetzlich mögliche Bemessung des Auflassungsstempels nach Quoten — ein Einwand Cosacks II, S. 367 — ist kein Beweis für das Vorhandensein dinglicher Einzelrechte. Der Stempel als eine Wertsteuer

[1]) Ein Einwand von: Joerges, S. 181: Nagler S. 721.
[2]) Dahn S. 76; Gareis § 25, I, S. 138.

läßt m. E. überhaupt keine Rückschlüsse auf die juristische Konstruktion der Rechtsstellung des Gesellschafters zu.

Endlich kann auch § 738 BGB. nicht gegen die Theorie der ungeteilten Mitberechtigung angeführt werden[1]). Denn daraus, daß der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters bei Fortbestand der Gesellschaft den übrigen Gesellschaftern anwächst, folgt nichts für die Annahme des Vorhandenseins eines dinglichen Rechts. Es kann eben das eigenartige mittelbare Recht des Gesellschafters auf die übrigen übergehen[2]).

Das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist also für den vorliegenden Fall, daß A. und B. als einzelne der erworbenen Sache wie Nichteigentümer gegenüberstanden, und daß sie nur in ihrer Verbundenheit als Eigentümer angesehen werden konnten.

Man könnte hiernach geneigt sein, die einzelnen Gesellschafter in ihrer Beziehung zur gemeinschaftlichen Sache auch als Nichteigentümer zu bezeichnen. Hiergegen spricht jedoch, daß die Gesamtheit der Gesellschafter nichts anderes ist als die einzelnen Gesellschafter zusammengenommen, und daß der einzelne Gesellschafter, wenn auch nicht eine unmittelbare, so doch die erwähnte mittelbare Beziehung zu der Gesellschaftssache hat. Hierin gerade liegt die Berechtigung für die Verwendung des Wortes „Anteil“ in § 719, Abs. 1 BGB., und es handelt sich deshalb bei dem „Anteil des einzelnen“ nicht lediglich, wie Gierke, „Vereine ohne Rechtsfähigkeit, S. 57“, sich ausdrückt, um eine Denkform ohne inneren Gehalt. Deshalb mag wohl auch § 720 BGB. nur eine ent-

[1]) Dies tut Müller S. 44.

[2]) Vgl. hierzu die Ausführungen des RG., Bd. 65, S. 235.

sprechende Anwendung der Vorschriften der §§ 406 ff. vorschreiben.

Auch die Frage nach der Besitzstellung des einzelnen Gesellschafters ist im vorliegenden Falle von Bedeutung (vgl. unten S. 36) und bedarf daher der Erörterung. Es stehen sich hier ebenfalls verschiedene Ansichten gegenüber[1]). Von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller wird angenommen, daß den Gesellschaftern an den gemeinschaftlichen Gegenständen nicht gewöhnlicher Mitbesitz, sondern Gesamtbesitz zustehe, der sich zum Mitbesitz ähnlich verhalte wie das Gesamteigentum zum Miteigentum nach Bruchteilen. Dieser Meinung, welche nicht ohne Widerspruch geblieben ist, ist m. E. beizutreten. Das BGB. spricht zwar in § 866 nur vom Mitbesitz, ohne ihn weiter einzuteilen. Ein Unterschied zwischen dem Besitz der Gesellschafter und gewöhnlichem Mitbesitz folgt aber daraus, daß dem einzelnen Gesellschafter jede Verfügungsmacht über die Gesellschaftssache genommen ist. Infolgedessen ist eine Übertragung des Besitzes nur auf Grund einer Betätigung des Gemeinwillens der Gesellschafter zulässig und jede Überlassung des Besitzes an einen Dritten ohne Mitwirkung des Gemeinwillens widerrechtlich.

---

[1]) Für die Annahme eines Gesamtbesitzes sind: Strohal in IJ. Bd. 38, S. 113, III, 2; Dernburg, BGB., III, § 15, Nr. 4, S. 60; Crome III, § 355, 2b, S. 79; Windscheid-Kipp I, Bem. zu §§ 148 bis 155, S. 789; Biermann § 866, Bem. 1, S. 29; Gierke, Dtsch. Privatrecht, II, S. 255; Kuhlenbeck II, S. 449; auch Förster-Eccius III, § 160, Anm. 26. Bestritten wird die Annahme eines Gesamtbesitzes u. a. von Planck III, § 866, Anm. 1, S. 56; insbesondere aber von Wolff IJ. Bd. 44, S. 154 (der jedoch S. 159 ff. den Begriff in völlig anderer Bedeutung wieder einführt).

Daß der einzelne Gesellschafter seine Besitzerstellung nicht auf einen Dritten übertragen darf, wird auch von Wolff, dem Gegner der Annahme eines Gesamtbesitzes im obigen Sinne, nicht geleugnet[1]). Wolff macht nur geltend, daß dieser Umstand nicht die Folge eines besonders gearteten Mitbesitzes, sondern die Folge der rechtlichen Gebundenheit der Gesellschafter sei. Hiergegen ist aber zu erwidern, daß gerade die Tatsache der rechtlichen Gebundenheit des einzelnen einen bedeutungsvollen Unterschied in der Besitzerstellung des Gesamthänders von der eines gewöhnlichen Mitbesitzers begründet[2]), und daß dieser Unterschied allein die Aufstellung eines besonderen Begriffs des Gesamtbesitzes zur Unterscheidung von gewöhnlichem Mitbesitz, bei dem eine solche Gebundenheit nicht besteht, rechtfertigt.

Es ist jedoch Wolff darin beizustimmen, daß hiernach lediglich die Rechtsstellung des Gesamtbesitzers von der des Mitbesitzers verschieden ist. Die tatsächliche Gewalt wird von Gesamtbesitzern in genau der gleichen Weise ausgeübt wie vom gewöhnlichen Mitbesitzer. Eine Folge hiervon ist, daß jeder Gesamtbesitzer die Rechte, die nur das Vorhandensein der tatsächlichen Gewalt voraussetzen, z. B. die Besitzschutzrechte, allein geltend machen kann[3]). Es ist hier hervorzuheben, daß in der

[1]) Vgl. IJ. Bd. 44, S. 154.

[2]) Wolff, IJ. Bd. 38, S. 155, Anm. 29, macht selbst darauf aufmerksam, daß, wenn die Gesellschafter nur mittelbar besitzen, also z. B. die Sache bei einem Bankier hinterlegt haben, keiner von ihnen für sich allein imstande ist, durch Abtretung des Herausgabeanspruchs seine Besitzerstellung an einen Dritten zu übertragen. Bei gewöhnlichem Mitbesitz bestände hierfür kein Hindernis.

[3]) Vgl. Planck IIb, § 719, Bem. 3i, f, S. 754.

Praxis wohl häufig einer der Gesellschafter die Sache in Verwahrung nimmt, also unmittelbarer Besitzer wird, während die übrigen Gesellschafter nur mittelbaren Besitz haben. Im vorliegenden Fall mag aber unterstellt werden, daß A. und B. die Sache gemeinschaftlich in Besitz genommen hatten, also beide unmittelbare Gesamtbesitzer geworden waren[1]).

Es fragt sich nunmehr, wie der Tod eines Gesellschafters auf die Rechtsstellung einwirkt, die die Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftssachen einnehmen. Wenn auch die Gesellschaft nach § 727 BGB., wie im Römischen Recht, durch den Tod eines Gesellschafters im Zweifel aufgelöst wird, so gilt sie doch anderseits nach § 730, Abs. 2 BGB. bis zur völligen Liquidation des Gesellschaftsvermögens zu Auseinandersetzungszwecken als fortbestehend. Bis zur völligen Auseinandersetzung erfährt also die Rechtsstellung der Gesellschafter keine Veränderung. Nur tritt der Erbe des verstorbenen Gesellschafters an dessen Stelle. Ihm und den überlebenden Gesellschaftern gehört also das Gesellschaftsvermögen weiter zur gesamten Hand, und auch etwaiger neuer Erwerb wird Gesamteigentum[2]).

Die Annahme Strohals[3]), daß der Mitbesitz sich nicht vererbe, da nach § 738 BGB. der Anteil eines ausscheidenden Gesellschafters den übrigen anwachse, ist nicht zu-

[1]) Es ist also z. B. daran zu denken, daß A. und B. den erworbenen Gegenstand, z. B. einen Schreibtisch, in dem gemeinschaftlichen Geschäftslokal untergebracht hatten.

[2]) Vgl. Staudinger IIb, § 730, Bem. 1a, S. 644; Oertmann § 730, Bem. 1, S. 792; Neumann I, § 730, Bem. 2, S. 455; Goldmann-Lilienthal I, § 199, 2, 1, S. 775, ERG. 32, S. 256, JW. 1901, S. 654, Nr. 13.

[3]) IJ. Bd. 38, S. 97, IIa.

treffend. Mit Recht weist ihm gegenüber Biermann[1]) darauf hin, daß § 738 BGB. der Vererbung des Mitbesitzers deshalb nicht entgegensteht, weil das Ausscheiden eines Gesellschafters von seinem Mitbesitz an den Gesellschaftssachen unabhängig ist. Abgesehen davon, trifft § 738 auf den Fall der Auflösung der Gesellschaft durch den Tod eines Gesellschafters gar nicht zu. Denn § 738 BGB. setzt gerade den Fortbestand der Gesellschaft voraus.

Auch im Römischen Recht hatte der Tod eines Gesellschafters, wenn auch die Gesellschaft stets dadurch aufgelöst wurde, zunächt keinen Einfluß auf die dingliche Rechtslage. Der Erbe rückte in die Rechtsstellung des defunctus ein und wurde also zusammen mit dem überlebenden Gesellschafter Miteigentümer des Gesellschaftsguts. Ja, es wurde ähnlich wie heute die Gesellschaft als zu Auseinandersetzungszwecken fortbestehend angesehen[2]) und die actio pro socio für wie gegen den Erben gegeben, wenn es zur Geltendmachung persönlicher, aus dem Gesellschaftsverhältnis entstandener Pflichten erforderlich war[3]). Den Besitz konnte dagegen der Erbe nur durch besondere Besitzergreifung erlangen, da dem Römischen Recht eine Vererbung des Besitzes nicht bekannt war.

[1]) Biermann § 857, Bem. 1, S. 14; Binder Bd. 1, S. 53, dagegen aber Gärtner S. 156.

[2]) Windscheid-Kipp II, § 408, Nr. 3, S. 794.

[3]) Vgl. l. 63, § 8 D, 17, 2; Glück Bd. 17, S. 445, Anm. 84.

II. Kapitel.

Die zwischen den Beteiligten abgeschlossenen Rechtsgeschäfte.

a) Der Kaufvertrag.

Aus den Ausführungen des ersten Teiles ergibt sich, daß der von B. und F. mit X. abgeschlossene Kaufvertrag genau so anzusehen ist, wie ein von zwei Nichteigentümern gemeinschaftlich vorgenommener Verkauf einer fremden Sache.

B. und F. waren nicht etwa, wie Claussen S. 26 annimmt, vollmachtlose Vertreter der Gesellschaft. Denn eine Stellvertretung liegt nur dann vor, wenn die Wirkung einer Erklärung nicht die Person des Erklärenden, sondern die eines Dritten treffen soll. B. und F. haben aber mit Wirkung für ihre eigenen Personen handeln wollen und sind auch nach außen in eigenem Namen aufgetreten.

Wegen des Fehlens des Willens, für einen anderen zu handeln, können im vorliegenden Fall die Vorschriften über unbeauftragte Geschäftsführung nicht in Betracht kommen[1]). § 687 BGB. bestimmt ausdrücklich, daß die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag keine Anwendung finden, wenn jemand ein objektiv fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, daß es sein eigenes sei.

Daß der Verkauf einer fremden Sache seine volle obligatorische Wirkung zwischen den Kontrahenten äußert,

[1]) Claussen S. 25, 26 hält unbeauftragte Geschäftsführung für vorliegend und kommt dadurch m. E. zu unrichtigem Ergebnis.

kann weder nach BGB.[1]) noch nach Römischem Recht[2]), in Zweifel gezogen werden. Denn nach § 306 BGB. macht nur objektive Unmöglichkeit der Leistung, also der Umstand, daß die Leistung für jedermann unmöglich ist[3]) einen Vertrag nichtig. Dagegen hindert bloße subjektive Unmöglichkeit — das BGB. bezeichnet sie mit Unvermögen — nicht das Entstehen einer wirksamen Verpflichtung. Nur nachträglich eintretendes Unvermögen steht nach § 275 Abs. 2 BGB. der nachträglichen objektiven Unmöglichkeit gleich.

Es könnte daher nur fraglich erscheinen, ob etwa der abgeschlossene Kaufvertrag wegen Irrtums anfechtbar ist. B., F. und X. befanden sich ein jeder darüber im Irrtum, wem das Eigentum an der verkauften Sache zustand. B. und F. glaubten, sie seien Eigentümer zur gesamten Hand. X. hielt die Verkäufer jedenfalls für Eigentümer; ob er sie für Gesamteigentümer oder für Miteigentümer hielt, ist unerheblich. Der Irrtum ist also für den Verkäufer das gleiche wie für den Käufer und kann daher einheitlich erörtert werden[4]).

[1]) Vgl. Brecht S. 8.

[2]) Dernburg, Pandekten Bd. II, § 94, 1, S. 257. Eine Ausnahme bestand im Römischen Recht nur dann, wenn die Sache dem Käufer selbst gehörte; vgl. Windscheid-Kipp II, § 385, Anm. 6, S. 627, 628.

[3]) Goldmann-Lilienthal I, § 85, III, S. 332.

[4]) Daß, falls eine Anfechtung möglich wäre, dieselbe von B. und F. nicht gemeinschaftlich ausgeübt zu werden brauchte, möchte ich mit dem Reichsgericht, Bd. 56, S. 424, wegen des Mangels einer dem § 356 BGB. entsprechenden Vorschrift gegen Hellwig, Anspruch und Klagrecht, § 27, III, S. 189, und Endemann I, § 75, Anm. 11, S. 372, 373, annehmen.

Die sehr bestrittene Frage [1]), ob ein Kaufvertrag wegen Irrtums über das Eigentum des Verkäufers angefochten werden kann, muß m. E. aus folgenden Gründen verneint werden. Nach § 119 BGB. ist nur ein Irrtum über den Inhalt der Erklärung wesentlich. Als zum Inhalt der Erklärung gehörig gelten auch im Verkehr wesentliche Eigenschaften der Person oder der Sache. Gegenüber Dernburg, II, § 145, Nr. 2, S. 485, ist zu bestreiten, daß es eine Eigenschaft der Sache ist, daß sie einer bestimmten Person gehört. Zwar ist zuzugeben, daß unter den Begriff Eigenschaft nicht nur tatsächliche, sondern auch rechtliche Beziehungen von Personen wie von Sachen fallen können; aber er muß sich doch, wie das Reichsgericht in ständiger Praxis angenommen hat [2]), um solche Rechtsverhältnisse handeln, die infolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen. Für die Wertschätzung im Verkehr kommt im allgemeinen aber die Tatsache, daß eine Sache nicht der einen Person, sondern einer anderen

[1]) Gegen die Anfechtung sind: Windscheid-Kipp I, § 77, S. 397; Burchard, DJ. 1898, S. 487ff.; Enneccerus-Jäger I, § 146, III, Anm. 10, S. 367; Planck I, § 185, Bem. 3, Abs. 3 i. f, S. 324. Hasebrink S. 37; auch Staub, II, Exkurs vor § 373, Anm. 60, S. 1455, ist im allgemeinen gegen die Anfechtung; dagegen halten sie für zulässig: Rehbein I, § 119, IIIe, S. 138; Dernburg, BGB. I, § 145, No. 2, S. 485; v. Seeler DJ. 1899, S. 16ff.; Crome II, S. 407, Anm. 13; Brecht S. 32; Oertmann § 433 *β*, Bem. 2, S. 324. Auch das RG. hat in JW. 1905, S. 172. Nr. 12 die Anfechtung für zulässig erklärt unter dem ausdrücklichen Hinzufügen, daß im Regelfall der Irrtum nicht wesentlich sein würde.

[2]) Vgl. ERG. Bd. 61, S. 86; 59, S. 243; 52, S. 2; JW. 1906, S. 378, Nr. 5.

gehört, nicht in Betracht. Es fehlt hier eine dauernde Beziehung der Sache, da das Privateigentum seiner Natur nach stetem Wechsel unterliegt [1]).

Auch aus § 119 Abs. 1 BGB. läßt sich m. E. die Anfechtung nicht begründen. Der Inhalt der Erklärung des Verkäufers, durch die seine obligatorische Bindung herbeigeführt wird, besteht lediglich darin, daß der Verkäufer sich verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der konkret bezeichneten Sache zu verschaffen. Dies wird auch von v. Seeler, obwohl dieser selbst die Anfechtung für möglich hält, anerkannt [2]). v. Seeler nimmt nur an, daß der Verkäufer das Recht haben müsse, nachzuweisen, daß, wenn er auch nicht ausdrücklich gesagt habe, er wolle die ihm gehörige Sache verkaufen, er es doch gemeint habe. Diese Beweisführung erscheint nicht überzeugend. Denn es ist ja gerade das Problem, ob diese Meinung des Verkäufers, als zum Inhalt seiner Erklärung gehörig angesehen werden kann.

Beim Schweigen des Gesetzes dürfte für die vorliegende Frage eine Bemerkung der Motive einen Fingerzeig geben.

In Bd. V, S. 144 der Motive wird nämlich erwähnt, daß der Irrtum eines Erblassers über das Eigentum an einer von ihm vermachten Sache nicht nur nicht zur Anfechtung berechtigt, sondern daß sogar von der Festsetzung der Anfechtbarkeit eines solchen Vermächtnisses durch

[1]) Dagegen wäre die Lehns-, Allodial- und Fideikommisqualität einer Sache wohl als wesentliche Eigenschaft anzusehen, und es ist deshalb Rehbein I, § 119 E., S. 138 beizustimmen, wenn er bei Irrtum hierüber die Anfechtung für zulässig erklärt. Hier könnte allerdings Nichtigkeit auf Grund des § 306 BGB. in Frage kommen.

[2]) v. Seeler, DJ. 1899, S. 16.

positive Bestimmung deshalb Abstand genommen worden ist, weil sonst das wesentliche Erfordernis der Anfechtbarkeit, daß die Voraussetzung, wegen deren Nichtvorhandensein angefochten werden könne, erklärt sei, hätte fallen gelassen werden müssen. Aus diesem Grunde ist die Unwirksamkeit eines solchen Vermächtnisses festgesetzt worden. Diese Äußerung der Motive ist für die vorliegende Frage um so wichtiger, als im Erbrecht die Anfechtung gegenüber den allgemeinen Bestimmungen noch erleichtert ist.

Mit Recht weist ferner Kipp, Bd. I, § 77, S. 397 darauf hin, daß es nicht der Absicht des Gesetzes entsprechen würde, wenn der Verkäufer die Haftung für Rechtsmängel durch Hinweis auf seinen guten Glauben ablehnen könnte[1]).

Eine weitere, sicher vom Gesetz nicht gewollte Folge der Anfechtbarkeit wäre, daß dadurch der Satz „Hand muß Hand wahren“ im BGB. fast zu völliger Bedeutungslosigkeit herabgedrückt werden würde. Denn im Fall der erfolgreichen Anfechtung des Kausalgeschäftes würde in überaus häufigen Fällen auch der dingliche Übereignungsvertrag nichtig werden[2]), entweder weil das Kausalgeschäft einen Teil des dinglichen Geschäfts bilden wird, oder als die Bedingung seiner Wirksamkeit angesehen werden kann.

Es sei endlich noch darauf hingewiesen[3]), daß die Mög-

---

[1]) Daß eine Anfechtung wegen tatsächlicher Mängel nicht möglich ist, hat das RG. wiederholt ausgesprochen; vgl. ERG. Bd. 62, S. 285; Bd. 61, S. 175ff.; ferner Krückmann, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 98, S. 421.

[2]) Vgl. Kaufmann, JW. 1904, S. 349, und die S. 351 zit. Reichsger.-Entsch., außerdem JW. 1903, S. 168, Nr. 7.

[3]) Vgl. Hasebrink S. 36, Anm. 1.

lichkeit der Anfechtung im schärfsten Gegensatz zur Überlieferung des Römischen Rechts stehen würde. Im Römischen Recht machte wesentlicher Irrtum das Rechtsgeschäft nichtig. Wie bereits erwähnt, ist aber die Wirksamkeit des Verkaufs einer fremden Sache in Rom nicht bezweifelt worden.

Natürlich kann im Einzelfall zwischen den Parteien vereinbart werden, daß der Vertrag den Verkäufer nur verpflichten soll, das Eigentum an der ihm gehörigen Sache zu übertragen. Dieser Ausschluß der an sich eintretenden gesetzlichen Folgen des Kaufvertrages (der für die Anfechtung gar keinen Raum mehr lassen würde), kann aber nicht unterstellt werden. Denn gerade dann, wenn der Verkäufer sich für den Eigentümer der Sache hält, kommt von seinem Standpunkt aus eine Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums auch für den Fall, daß die Sache ihm nicht gehört, gar nicht in Betracht. Allerdings ist sein „wahrer Wille" als auf Übertragung des ihm zustehenden Eigentums gerichtet anzusehen. Dieser wahre Wille wird aber nach § 119, Abs. 1 im Interesse der Verkehrssicherheit dann nicht berücksichtigt, wenn er nicht zum Inhalt der Erklärung gehört[1]). Deshalb kann auch Oertmann, der die Anfechtung für möglich hält, weil bei Irrtum des Verkäufers über sein Eigentum gleichzeitig Irrtum über die Rechtsfolgen seiner Erklärung vorliege, nicht beigetreten werden. Denn auch Irrtum über Rechtsfolgen liegt außerhalb des Inhalts der Erklärung[2]).

[1]) Die Argumentation v. Seelers geht nur dahin, daß dem Verkäufer der Nachweis seines wahren Willens nicht abgeschnitten werden könne.

[2]) Vgl. Staudinger I, § 119, V, 2, S. 387; Planck Bem. 2a, § 119, S. 213; RG. Bd. 51, S. 283.

b) Die Übereignung der Sache.

Nach dem gegebenen Tatbestand haben B. und F. die fragliche Sache gemeinschaftlich dem X. übergeben. Es ist zu unterstellen, daß X. ohne grobe Fahrlässigkeit davon, daß F. nicht der Erbe des A. war, keine Kenntnis hatte. X. war also gutgläubig, und es fragt sich, ob er auf Grund seines guten Glaubens Eigentum erworben hat. Da F. nicht Eigentümer war und B. kein dingliches Recht an der Sache hatte, so steht m. E. der Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 932 ff. BGB. an sich nichts im Wege[1]). Ob B. und F., wie zu unterstellen ist, gemeinschaftlich zur gesamten Hand verfügt haben, oder ob sie jeder nur einen Anteil auf X. übertragen wollten, ist unerheblich. Denn in letzterem Falle müßte angenommen werden, daß X. von jedem der Veräußerer einen dinglichen Bruchteil der Sache zu erwerben glaubte. Es wäre dann die Frage nur dahin zu stellen, ob X. durch seinen guten Glauben von B. und F. je eine Hälfte des Eigentums und damit das vollständige Alleineigentum erlangt hätte[2]).

Der Umstand, daß B. eine mittelbare Beziehung zu der Sache hatte, kann die Anwendbarkeit der §§ 932 ff. nicht hindern. Vielmehr ist mit Jordan, Bad. Rechtspraxis, 1906, S. 243, anzunehmen, daß, wenn sogar ein völliger Nicht-

---

[1]) Ebenso Windscheid-Kipp II, § 407, S. 791, Nr. 5; Staudinger IIb, § 719, II, 2, S. 631 i. f.; v. Seeler, Das Miteigentum S. 93; Kreß S. 55; Knoke S. 85; Freund S. 26, Anm. 2; Jordan, Badische Rechtspraxis, 1906, S. 243.

[2]) Für die Anwendung der §§ 932 ff. auch bei Veräußerung eines Anteils sprechen sich von den in Anm. 1 zitierten Schriftstellern aus: Windscheid-Kipp, Staudinger, Knoke; dagegen: Jordan, Kreß, v. Seeler.

eigentümer an einen gutgläubigen Erwerber Eigentum übertragen kann, hierzu erst recht jemand befähigt sein muß, dem sogar noch ein gewisses mittelbares Herrschaftsverhältnis über die Sache zusteht. Auch Binder, III, S. 70, Anm. 47, der von der Theorie der geteilten Mitberechtigung aus allerdings selbst zu einem anderen Ergebnis kommt, erkennt dies an. Es hat daher zunächst den Anschein, als ob X. auf Grund seines guten Glaubens Eigentümer der Sache geworden ist. Es ist dies jedoch m. E. deshalb nicht der Fall, weil § 935 BGB. eingreift. Hiernach schützt der gute Glaube den Erwerber dann nicht, wenn die Sache abhanden gekommen ist. Letzteres ist dann der Fall, wenn der Besitzverlust sich nicht auf eigene Entschließung des Besitzers gründet[1]). Da B. und E. an der fraglichen Sache unmittelbaren Gesamtbesitz hatten, so bedurfte es, wie oben S. 25 erwähnt, zur rechtmäßigen Übertragung des Besitzes einer Betätigung des Gemeinwillens. Jede Übertragung des Besitzes ohne Mitwirkung des Gemeinwillens war gemäß § 858 BGB. verbotene Eigenmacht, die ja ein Verschulden nicht voraussetzt[2]). Der Umstand, daß E. noch garnicht in die tatsächliche Besitzerstellung eingerückt war, ist unerheblich. Denn eine der wichtigsten vom Gesetz beabsichtigten Folgen des § 857 BGB. ist gerade, daß der Erbe schon vor der tatsächlichen Besitzergreifung den Schutz des § 935 BGB. genießen soll. Hierüber waren sich die Redaktoren des BGB. völlig im klaren. Ein in der zweiten Kommission eingebrachter Antrag[3]), vom gutgläubigen Erbschafts-

[1]) Dernburg III, § 103, II, 2, Anm. 10, S. 349; vgl. auch ERG. Bd. 1, S. 255; ferner Denkschrift S. 197.

[2]) Planck III, § 858, Bem. Ib, S. 43.

[3]) Vgl. Protokolle V, S. 724.

besitzer veräußerte Sachen ebenso wie Geld, Inhaberpapiere usw. dem Satz „Hand muß Hand wahren“ zu unterstellen, ist gerade mit Rücksicht auf den dem Erben gebührenden Schutz abgelehnt worden. Auch § 2025 BGB. geht davon aus, daß der gutgläubige Erbschaftsbesitzer durch Veräußerung von Nachlaßsachen verbotene Eigenmacht verübt, und hat deshalb die ihn an sich treffende Haftung durch ausdrückliche Vorschrift mildern müssen. Die Sache ist also im vorliegenden Fall als aus dem Gesellschaftsvermögen abhanden gekommen anzusehen. X. ist daher nicht Eigentümer geworden. Dies Ergebnis ist eine eigenartige Folge der positiven Vorschrift des § 857 BGB., wonach jemand rechtlich als Besitzer anzusehen ist, der in Wirklichkeit keine tatsächliche Gewalt hat, und wird mit herbeigeführt durch den nicht allzu häufig vorkommenden Umstand, daß A. und B. unmittelbare Gesamtbesitzer waren. Wäre A. nur mittelbarer Besitzer, B. unmittelbarer Besitzer gewesen, so hätte X. Eigentum erworben, denn auf E. wäre nur mittelbarer Besitz übergegangen, alsdann hätte gar kein Gesamtbesitz vorgelegen, und durch die Veräußerung durch den unmittelbaren Besitzer B. wäre ein Abhandenkommen der Sache nicht als erfolgt anzusehen [1]).

X. wäre auch dann Eigentümer geworden, wenn F. durch einen Erbschein legitimiert gewesen wäre. Denn nach § 2366 BGB. hätte zugunsten des X., sofern nicht eine der in § 2366 angegebenen Ausnahmen vorgelegen hätte, der Inhalt des Erbscheins als richtig gelten müssen. F. wäre daher zugunsten des X. als wahrer Erbe anzusehen gewesen, die Sachlage wäre also die

[1]) Planck III, § 935, Bem. 2, S. 234.

gleiche gewesen, wie wenn B. zusammen mit dem wahren Erben des A. die Verfügung vorgenommen hätte. Wird die Ausstellung eines Erbscheins im vorliegenden Tatbestand nicht unterstellt, so kommen wir also zu dem Ergebnis, daß X. nicht Eigentümer geworden und ausschließlich auf seine obligatorischen Ansprüche gegen B. und F. aus dem Kaufvertrage (vgl. unten S. 45) angewiesen ist.

Gegen diese für X. unerwünschte Folge kann nur auf Grund des § 185, Abs. 2 BGB. Abhilfe geschaffen werden. Hiernach ist eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt. Berechtigt ist im vorliegenden Fall die Gesamtheit der Gesellschafter. Die Genehmigung kann jedoch, da B. seinen Willen schon erklärt hat, m. E. durch E. allein erteilt werden. Daß E. zur Erteilung der Genehmigung gezwungen werden könnte[1]), möchte ich nicht annehmen. Denn wenn auch im vorliegenden Fall der Verkauf der Sache für die Gesellschaft durchaus günstig gewesen sein mag, einen Anspruch auf Vornahme eines Privatverkaufs hat nach BGB. keiner der Gesellschafter gegen den anderen. Vielmehr hat der Verkauf gemäß § 731 in Verbindung mit § 753 BGB. in der in § 752 ff. vorgeschriebenen Form nach den Vorschriften über den Pfandverkauf zu erfolgen.

Nach Römischem Recht hatte X. den Bruchteil des B., über den letzterer ja frei verfügen durfte, erworben. Der Bruchteil des E. dagegen war diesem verblieben, da der Grundsatz „nemo plus juris transferre potest quam ipse

[1]) Claussen, S. 29, will eine Verpflichtung zur Erteilung der Genehmigung aus § 705 BGB. herleiten.

habet“ unbeschränkte Geltung hatte. X. und E. waren also Miteigentümer je zur Häfte geworden. Auch hier konnte allerdings durch Genehmigung seitens des E. dem X. das Alleineigentum zufallen[1]).

c) Der Vertrag zwischen B. und F.

Auch B. und F. müssen miteinander einen Vertrag geschlossen haben. Sie müssen sich zunächst darüber geeinigt haben, daß die Sache an X. verkauft werden sollte, ferner müssen sie auch eine Vereinbarung darüber getroffen haben, daß der Kaufpreis an jeden von ihnen zur Hälfte gezahlt werden sollte.

Es handelt sich hier um einen Teilungsvertrag. In diesem verzichteten B. und F. dadurch, daß sie einen Privatverkauf vereinbarten, auf Vornahme der Teilung nach den gesetzlichen Vorschriften der §§ 731ff. BGB.; außerdem einigten sie sich darüber, daß die vermeintliche Gesellschaftsforderung gegen X. schon in ihrem Entstehen geteilt werden sollte. Dieser letztere Teil des Vertrages fiel mit der gesetzlichen Regelung des Verhältnisses von B. und F. als Gläubiger des X. zusammen. Denn da B. und F. in Wirklichkeit nicht Gesellschafter waren, so war schon gemäß § 420 BGB. die entstandene Forderung als geteilt anzusehen; dieser Teil des Vertrages war also nur im Innenverhältnis zwischen B. und F. von Bedeutung.

Für das Römische Recht war der Vertrag zwischen B. und F. genau so aufzufassen wie für das Bürgerliche Gesetzbuch. Insbesondere galt auch in Rom der Grundsatz: nomia ispso iure sunt divisa.

---

[1]) Windscheid-Kipp I, § 81, Anm. 7, S. 422.

d) Die Übereignung des Geldes.

Daß B. und F. Eigentümer des gezahlten Geldes geworden sind, unterliegt keinem Zweifel. Fraglich kann nur erscheinen, welche Bedeutung die Annahme des Geldes durch F. hat. Claussen, S. 25 und 32, erblickt hierin eine Verfügung über den Auseinandersetzungsanspruch des E.[1]). Dies ist m. E. unrichtig. F. verfügte über seine eigene Kaufpreisforderung gegen X., die mit der Bezahlung erlosch. Man könnte vielleicht daran denken, daß durch die Zahlung auch sein aus dem Vertrage mit B. entstandener Anspruch auf Teilung der gemeinschaftlichen Forderung gegen X. befriedigt wurde. Diese Konstruktion hat für den vorliegenden Fall aber keinerlei Bedeutung; denn der durch einen besonderen Vertrag mit B. entstandene Anspruch des F. steht in keiner Beziehung zu dem Vermögen des E. E. könnte also aus einer derartigen Verfügung niemals irgendwelche Rechte herleiten. Eine Verfügung über eine Forderung des E. könnte nur in dem im Vertrage mit B. enthaltenen Verzicht auf die gesetzliche Auseinandersetzung liegen. Dieser Verzicht ist aber für E. ohne Wirkung.

Ein Auseinandersetzungsanspruch bestände übrigens nicht gegenüber der Gesellschaft, wie Claussen, S. 25/26, annimmt, sondern nur gegenüber dem anderen Gesellschafter (§ 717 BGB.)[2]).

[1]) Weil der Auseinandersetzungsanspruch zu den Mitteln der Erbschaft gehört, so folgert Claussen, S. 33, hieraus, daß E. die an F. gezahlte Summe mit der hered. pet. herausverlangen könne. Zu dieser Frage vgl. unten S. 53ff.

[2]) Ebenso Planck § 730, Eingangsbemerkung S. 765. Die Ansicht von Goldmann-Lilienthal I, § 199, II, 1, S. 776, daß die Gesellschafter die Auseinandersetzung als gemeinschaftliche Geschäftsführer der Gesellschaft vornehmen, ist m. E. eine Konstruktion ohne praktische Folgen.

III. Kapitel.

Die entstandenen Rechtsbeziehungen.

1. Fall der Genehmigung der Veräußerung.

Es mag zunächst unterstellt werden, daß E. die Genehmigung zu der Veräußerung der Sache erteilt. Wie bereits S. 38 erwähnt, wird hierdurch die von B. und F. vorgenommene Übereignung der Sache voll wirksam, und zwar gemäß § 184, Abs. 1 BGB. mit rückwirkender Kraft[1]). Die Rechtslage ist also infolge der Genehmigung so anzusehen, als hätte X. von vornherein die Sache von dem Berechtigten erworben.

X. hat das Eigentum auf Kosten des Gesellschaftsvermögens erlangt; das Entgelt ist in das Privatvermögen von B. und F. geflossen. Es fragt sich, wie die Ausgleichung dieser Vermögensverschiebung zu erfolgen hat. Die Frage, ob § 816 BGB. in einem Falle wie dem vorliegenden unmittelbar anwendbar ist, ist betritten[2]). Sie ist m. E. zu verneinen. Denn § 816 BGB. betrifft nur den Fall, daß ein Nichtberechtigter mit Wirksamkeit über ein fremdes Recht verfügt. Er findet zweifellos keine Anwendung, wenn die Verfügung mit Einwilligung des

[1]) Dies ist die herrschende Meinung, vgl. Hölder § 185, Bem. 3 i f, S. 388; Rehbein I, §§ 182—185, Anm. 4, S. 287; Planck II, § 185, Bem. 3, S. 324; Förster, Recht 1902, S. 115; dagegen Eccius DJZ. 1902, S. 61.

[2]) Olshausen bei Gruchot 48, S. 437, und Ries, S. 23, verneinen die Anwendbarkeit. Anderer Ansicht sind Oertmann, § 816, Bem. Ia, S. 921; Freund, S. 43. Die von Oertmann zitierte Entscheidung in OLG. II, 353, dürfte hier nicht zutreffen.

Berechtigten erfolgt, vgl. Planck II, § 816, Bem. I, S. 945. Da die nachträgliche Genehmigung der Einwilligung rechtlich völlig gleichsteht, so ist § 816 im Falle der Genehmigung ebenfalls unanwendbar.

Dagegen ist der Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB. gegeben[1]). Denn durch die Erteilung der Genehmigung, also eine Leistung im Sinne des § 812 BGB. sind B. und F. von ihren Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage gegenüber dem X. befreit worden. Die hierin für B. und F. liegende Ersparnis ist mindestens dem erhaltenen Kaufpreis gleichzusetzen. Denn bei Nichterteilung der Genehmigung hätten B. und F. diesen zurückzahlen müssen, wenn sie nicht sogar als Schadensersatz wegen Nichterfüllung dem X. eine noch höhere Summe hätten vergüten müssen. Die Bereicherung ist auf Kosten des Gesellschaftsvermögens erfolgt, da dieses um den Wert des Eigentums an der fraglichen Sache vermindert ist. B. und F, sind daher zur Herauszahlung der erhaltenen Beträge verpflichtet. Da es sich hier um eine Gesellschaftsforderung handelt, so sind zu ihrer Geltendmachung gegenüber F. nur beide Gesellschafter zusammen, und zwar als notwendige Streitgenossen, befugt[2]). F. kann gegenüber den gemeinschaftlich klagenden Gesellschaftern keine Einwendung aus seinem Verhältnis zu B. erheben, da B. über die Forderung auch nicht zu einem Teile allein verfügen kann (vgl. § 720 BGB.).

---

[1]) Darüber, daß § 816 nur ein Anwendungsfall des § 812 ist, vgl. Freund S. 18, Mot. III, S. 224.

[2]) Es kann nicht etwa jeder auf Leistung an alle Gesellschafter klagen. § 432 BGB. bezieht sich nur auf ihrem Gegenstande nach unteilbare Leistungen; vgl. Lux, S. 40.

Näherer Erörterung bedarf die Frage, wie der Anspruch gegen B., der doch selber Gesellschafter ist, aufzufassen ist und wie er geltend gemacht werden kann. Daß ein Rechtsverhältnis zwischen einem Gesellschafter und der Gesellschaft möglich ist, wird für das Recht der offenen Handelsgesellschaft allgemein anerkannt[1]). Auch für die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts ist es anzunehmen. Zutreffend weist Knoke S. 98 darauf hin, daß, wenn ein Gesellschafter einen Schuldner der Gesellschaft beerbt oder die Schuld eines Dritten übernimmt, die Gesellschaftsforderung auch nicht zu einem Teil durch Konfusion erlöschen kann, weil der Gesellschafterschuldner über seinen Anteil an der Forderung nicht verfügen kann und der Anteil auch keine berechenbare Größe ist. Gleiches trifft auch zu, wenn ein Gesellschafter sich auf Kosten des Gesellschaftsvermögens bereichert. Die Gesamtheit der Gesellschafter erhält den Bereicherungsanspruch gegen den bereicherten Mitgesellschafter.

Fraglich erscheint, ob und wie dieser Anspruch geltend gemacht werden kann. Knoke meint, es liege in der Natur der Sache, daß der verpflichtete Gesellschafter in den seine Schuld betreffenden Angelegenheiten keine Stimme habe, und daß die Durchführung des Prozesses den anderen Gesellschaftern obliege. Daß die Ansicht Knokes allein zu einem praktischen Ergebnis führt, ist unbestreitbar. Sie ist auch berechtigt, für die offene Handelsgesellschaft[2]), die unter ihrer Firma klagen und

---

[1]) Vgl. die bei Gierke, Genossenschaftstheorie S. 522, Anm. 3, zitierten zahlreichen Entsch. d. OLG.; auch Staub I, § 128, Anm. 23, S. 489.

[2]) Vgl. ERG. Bd. 32, S. 256.

verklagt werden kann. Sie beseitigt aber für die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts nicht die Schwierigkeit, die dadurch entsteht, daß hier die Gesellschafter nur selbst als Partei erscheinen können, daß also selbst wenn eine notwendige Vertretung des beklagten Gesellschafters vorläge, er doch stets als Partei auch unter den Klägern im Rubrum der Klage genannt werden müßte. Im Prozeß ist es aber ausgeschlossen, daß jemand gleichzeitig die Parteirolle des Klägers und die des Beklagten hat[1]). Es ergibt sich hieraus, daß infolge der mangelnden Parteifähigkeit der Gesellschaft der gemeinschaftliche Anspruch aller Gesellschafter gegen einen Mitgesellschafter im Prozeß überhaupt nicht geltend gemacht werden kann[2]). Für die Praxis erwächst jedoch hieraus keine besondere Unzuträglichkeit, denn sobald ein Gesellschafter zum Gesellschaftsvermögen etwas schuldig wird, ist er den übrigen Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsvertrage verpflichtet, seine Schuld zu bezahlen. Die übrigen Gesellschafter können also von ihm mit der actio pro socio die Zahlung des geschuldeten Betrages an die Gesellschaftskasse verlangen[3]). Dieser Anspruch ist begrifflich von dem gemeinschaftlichen Anspruch aller Gesellschafter scharf zu trennen, und Knoke, S. 100, 101, ist durchaus im Recht, wenn er darauf hinweist, daß hierbei die eigentliche Gesellschaftsforderung gegen den Gesellschafterschuldner gar nicht Gegenstand des Prozesses wird.

---

[1]) Hellwig I, § 23, II, S. 151.

[2]) Daß auch das RG. den Anspruch aller Gesellschafter gegen einen Mitgesellschafter nicht für klagbar hält, ergibt sich aus der Entscheidung, Bd. 54, S. 300.

[3]) Vgl. Staub I, § 111, Anm. 2, S. 432; ERG. Bd. 39, S. 169.

Im vorliegenden Fall kann sonach E. mit der Vertragsklage von B. verlangen, daß er den von ihm eingezogenen Teil des Erlöses an die Gesellschaftskasse abführt.

Es sei hierzu noch bemerkt, daß der Gerichtsstand des § 22 ZPO. auch nach Auflösung der Gesellschaft während der Dauer der Liquidation fortbesteht[1]).

Wäre die verkaufte Sache nach im übrigen beendigter Liquidation des Gesellschaftsvermögens der „Überschuß" im Sinne des § 737 BGB. gewesen, so könnten B. und E. gegen F. auf Zahlung nicht an die Gesellschaftskasse, sondern an sie selbst klagen, und auch E. könnte von B. Zahlung an ihn persönlich verlangen. Denn die Gesellschaft gilt nur zu Auseinandersetzungszwecken als fortbestehend. Ist die Auseinandersetzung beendigt, so erübrigt sich die Zahlung an die Gesellschaftskasse[2]).

Das Ergebnis ist also im Falle der Genehmigung: X. wird Eigentümer der Sache. B. und F. sind zur Herausgabe des empfangenen Geldes an die Gesellschaftskasse verpflichtet.

2. Fall der Nichtgenehmigung der Veräußerung.

Erteilt E. die Genehmigung zu der Veräußerung nicht, so gestaltet sich m. E. die Rechtslage folgendermaßen:

a) Die Ansprüche des X.

Aus dem gemeinschaftlich abgeschlossenen Kaufvertrage sind B. und F. dem X. als Gesamtschuldner verpflichtet worden (§ 427 BGB.). Sieht man in der Ver-

---

[1]) Vgl. Entsch. d. RG. in JW. 32, S. 175, Nr. 5.
[2]) Vgl. Entsch. d. RG. in JW. 1905, S. 430, Nr. 8.

pflichtung des Verkäufers eine unteilbare Leistung[1]), so ergibt sich ihre gesamtschuldnerische Haftung bereits aus § 431 BGB.

Nach § 433 BGB. ist der Verkäufer einer Sache dem Käufer gegenüber verpflichtet, die Sache zu übergeben und das Eigentum an ihr zu verschaffen. B. und F. haben ihre Verpflichtung insoweit erfüllt, als sie die Sache dem X. übergeben und die äußeren, auf Eigentumsübertragung gerichteten Erklärungen ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben haben. Dagegen haben sie dem X. nicht das Eigentum an der verkauften Sache verschafft. Nach dem Wortlaut des § 433 BGB. scheint es also, als ob B. und F. ihre Verpflichtung nur teilweise erfüllt haben und daß deshalb dem X. in erster Linie ein Anspruch auf Erfüllung, also auf Eigentumsverschaffung, zusteht. Eccius nimmt jedoch an[2]), daß der Käufer, abgesehen von seinem Rücktrittsrecht wegen Verzugs, einen klagbaren Anspruch nur auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung hat. Eccius geht davon aus, daß ein Klageantrag auf Verschaffung des Eigentums der nach § 253, Nr. 2 ZPO. erforderlichen Bestimmtheit ermangele, und daß daher prozessual nur ein Antrag auf Herbeiführung der Genehmigung des Eigentümers in Betracht komme. Die Verurteilung des Schuldners zur Herbeiführung der Genehmigung führe aber in der Zwangsvollstreckungsinstanz zu Ergebnissen, die im Widerspruch zum Bürgerlichen Gesetzbuch ständen. Die Zwangsvollstreckung könne

[1]) Vgl. Staudinger IIa, § 420, Bem. 2, S. 327.

[2]) Eccius in Gruchot Bd. 50, S. 494f., ebenso Schloßmann. IJ. 45, S. 97ff. Anderer Ansicht Cosack I, § 125, II, 1, S. 431; Dernburg BGB. II, 2, § 178, I, S. 431; Planck II, § 433, Bem. 6a, ββ, S. 333; Schollmeyer S. 21b.

nämlich nur nach der Vorschrift des § 887 ZPO. über Erwirkung einer vertretbaren Handlung stattfinden, es könne also ein Dritter auf Kosten des Schuldners die Sache von dem Eigentümer erwerben. Infolgedessen würde der Schuldner zur Vorauszahlung einer allein vom Willen des Eigentümers oder des Dritten abhängigen, vielleicht unverhältnismäßig hohen Summe verurteilt werden müssen. Dies stände im Widerspruch dazu, daß bei doch nicht erlangter Genehmigung der Käufer nur sein Erfüllungsinteresse, und zwar gemäß § 440 Abs. 2 BGB. nur unter den in diesen Paragraphen angegebenen Einschränkungen, geltend machen könne. Ferner führt Eccius S. 497 aus, daß bei einer Erfüllungsklage der Käufer dadurch zu Unrecht eine Verurteilung des Verkäufers erstrebe, weil er diesem zumute, nach jeder Richtung Erfüllung seiner Verbindlichkeit darzulegen, während er nach § 442 BGB. doch selbst den Mangel im Recht zu beweisen hätte.

Es ist Eccius m. E. darin beizutreten, daß ein Klageantrag, der schlechthin auf Eigentumsverschaffung gerichtet ist, der nötigen Bestimmtheit ermangelt. Dagegen ist m. E. der Anspruch auf Herbeiführung der Genehmigung des Eigentümers zwar klagbar, aber nicht vollstreckbar. Denn die Vollstreckung aus § 887 ZPO. verbietet sich gerade dadurch, daß der persönliche Wille des Schuldners, der zu jeder Vereinbarung mit dem Eigentümer erforderlich ist, nicht durch die Willenserklärung eines Dritten ersetzt werden kann[1]). Auch § 888 ZPO. kommt nicht in Betracht, da nicht eine ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängige Leistung Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist.

[1]) Vgl. ERG. 31, S. 415; JW. 1896, S. 659, Nr. 16 usw.

Aus dem Fehlen der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung kann aber nicht der Schluß darauf gezogen werden, daß auch kein klagbarer Anspruch vorhanden ist. Denn die Möglichkeit der Vollstreckung ist für den Begriff des Anspruchs und seine Klagbarkeit nicht wesentlich. Man denke z. B. an Ansprüche auf Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag. Auch wenn hier aber § 887 ZPO. anwendbar wäre, so würde doch m. E. der Umstand, daß durch die Zwangsvollstreckung Widersprüche zu dem Bürgerlichen Gesetzbuche herbeigeführt würden, keinen Rückschluß auf die Klagbarkeit des Anspruchs zulassen. Denn sehr häufig sind die Folgen der Zwangsvollstreckung für einen Schuldner viel schwerer, als es die ihm an sich obliegende, aus dem Vertrage ursprünglich erwachsende Verpflichtung ist.

Die Klagbarkeit wird m. E. auch nicht durch die im § 442 BGB. vorgenommene Regelung der Beweislast ausgeschlossen; denn wenn der Käufer auf Erfüllung klagt, so kann sich der Verkäufer auf die Vorschrift des § 442 berufen und ist nicht verpflichtet, darzulegen, daß seine äußerlich auf Eigentumsverschaffung gerichteten Handlungen rechtlichen Erfolg hatten. Der Käufer ist also, wenn er für seine Behauptung, daß er nicht Eigentümer geworden sei, keinen Beweis antritt, mit der Klage abzuweisen.

Die Auffassung Schloßmanns[1]), daß die Pflicht zur Eigentumsverschaffung nur eine Gewährleistungspflicht sei, nötigt m. E. ebenfalls nicht zu der Ablehnung eines klagbaren Erfüllungsanspruchs. Denn es ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch eine Gewährleistungspflicht

[1]) Schloßmann, IJ. Bd. 45, S. 111, 113, 115, 126, 127.

vom positiven Recht so gestaltet werden kann, daß sie auf Beseitigung des Mangels, also auf eine Erfüllungshandlung, gerichtet ist.

Der Anspruch auf Erfüllung, d. h. auf Herbeiführung der Genehmigung des Eigentümers, hat, auch wenn seine Vollstreckung nicht möglich ist, eine große praktische Bedeutung insofern, als der Verkäufer, der durch Zahlung einer Geldsumme den Eigentümer zur Erteilung der Genehmigung bestimmt, eine ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllt und daher keine Regreßansprüche gegen den Käufer erheben kann[1]).

Da X. sonach in erster Linie den Anspruch auf Erfüllung hat, so liegt darin, daß ihm nicht das Eigentum verschafft worden ist, eine teilweise Nichterfüllung[2]). Infolgedessen bestimmen sich nach § 440 Abs. 1 BGB. die Rechte des X. nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327 BGB. Da X. stets die Vindikation der Sache gewärtigen muß, hat m. E. die Teilleistung für ihn kein Interesse und er kann daher nach erfolgter Fristsetzung[3]) bei Verzug der Verkäufer vom ganzen Vertrage zurücktreten (§ 326, Abs. 1, Satz 3 BGB.[4]). Einen Schadenersatzanspruch kann er erst unter den Voraussetzungen

---

[1]) Eccius hat selbst in Gruchot, Bd. 41, S. 886, darauf hingewiesen, daß der Käufer durch die Erfüllungsklage infolge der Anwendbarkeit des § 255 ZPO. die Gefahr der Fristsetzung von sich abwälzen kann.

[2]) Ebenso Schöller, Gruchot Bd. 46, S. 7, Nr. 4.

[3]) Es ist Mahnung bzw. Fristsetzung gegenüber jedem der beiden Gesamtschuldner erforderlich. Vgl. Planck II, § 425, Bem. 2b, S. 315.

[4]) Wir kommen also praktisch zu dem gleichen Ergebnis wie Eccius, Gruchot 50, S. 499, Nr. 7, der vollständige Nichterfüllung für vorliegend hält.

des § 440 Abs. 2 BGB. geltend machen. Bei der Klage gegen B. und F. würde X. gemäß § 442 BGB. zu beweisen haben, daß er in Wirklichkeit nicht Eigentümer geworden ist.

Ein Einwand aus § 325 Abs. 1 BGB., die Erfüllung sei unmöglich, weil E. trotz Angebots einer hohen Geldsumme nicht zur Erteilung der Genehmigung zu bewegen sei, wäre m. E. unerheblich, denn es würde hiermit nicht objektive Unmöglichkeit, sondern lediglich subjektive behauptet werden. Da letztere aber schon bei Abschluß des Vertrages mit X. bestand, so war sie nicht beachtlich (vgl. oben S. 30).

Neben den Vertragsansprüchen des X. gegen B. und F. ist für einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung kein Raum. Denn B und F. haben die gezahlte Summe auf Grund des Kaufvertrages, also dem X gegenüber, nicht ohne rechtlichen Grund erlangt[1]).

Im Römischen Recht hatte X. die gewöhnlichen Ansprüche aus dem Kaufvertrage, d. h. die Verkäufer mußten ihm für das habere licere der Sache einstehen. (Über die Einschränkung der Vindikation im vorliegenden Fall vgl. unten S. 53.)

b) Die gemeinschaftlichen Ansprüche der Gesellschafter B. und E.

B. und E. können als Eigentümer gemäß § 985 BGB. gemeinschaftlich von X, als dem besitzenden Nichteigentümer Herausgabe der fraglichen Sache verlangen. Da ihr Verhältnis zu X. nur einheitlich festgestellt werden

[1]) Vgl. Oertmann, Vorbem. zu § 812, 2f., S. 915.

kann, so sind sie im Prozeß notwendige Streitgenossen[1]). Aus der Gemeinschaftlichkeit ihrer Verfügungsgewalt folgt, daß X. in dem Rechtsstreit nicht aus seinem Verhältnis zu B. Einwendungen erheben kann. Er kann z. B. nicht einen Klageabweisungsantrag auf § 986 BGB. stützen, wonach der Besitzer der Sache die Herausgabe verweigern kann, wenn er dem Eigentümer gegenüber zum Besitz berechtigt ist. Denn der Gesamtheit der Gesellschafter gegenüber hat X. eine derartige Berechtigung nicht. Aus diesem Grunde würde auch eine exceptio doli, die überhaupt nur B. gegenüber in Frage kommen könnte, nicht durchgreifen.

Eine Klage aus § 1007 BGB. kann nicht erhoben werden, da X. bei Erlangung des Besitzes in gutem Glauben war.

Auch die Klage aus § 861 BGB. ist m. E. nicht gegeben. Denn wenn auch die Sache aus dem Gesellschaftsvermögen abhanden gekommen war, so lag doch „die verbotene Eigenmacht“ nicht auf Seiten des Erwerbers X., sondern auf seiten der Veräußerer vor.

Ein Anspruch der Gesellschaft gegen F. besteht nicht. Es könnte nur eine condictio possessionis gegen F. in Frage kommen[2]). F. hatte den Mitbesitz auf Kosten der

[1]) Vgl. Hellwig, Anspr. und Klagr. § 29 I, 2, Anm. 11, S. 201; Lux S. 39, 40. Die Bemerkung Cromes, II, § 282, I, S. 785, Anm. 10, daß jeder Gesellschafter gegen Dritte das Eigentum verteidigen könne, ist wohl nicht auf den Herausgabeanspruch zu beziehen.

[2]) Die rechtliche Möglichkeit derselben auf der Grundlage des § 812 BGB. wird allgemein mit Rücksicht auf die Worte „in sonstiger Weise erlangt“ anerkannt. Vgl. Dernburg II, 2, § 374, II, Anm. 3, S. 675, auch 676; v. Mayr, S. 130 ff.; Oertmann, Vorbem. zu § 812, 2a, β, S. 911.

Gesellschaft ohne rechtlichen Grund erlangt. Da er zur Herausgabe des Besitzes nicht mehr imstande ist, so könnte es fraglich erscheinen, ob er auf Grund des § 818, Abs. 2 BGB. zur Herausgabe des Wertes des Besitzes verpflichtet ist[1]). Dies ist jedoch deshalb zu verneinen, weil m. E. die in der Besitzerlangung liegende Bereicherung durch die Weiterveräußerung der Sache wieder fortgefallen ist[2]). Der Wert des Mitbesitzes ist deshalb nicht mehr in dem Vermögen des F., weil die von X. gezahlte Summe nicht als Entgelt für die Überlassung des Besitzes aufgefaßt werden kann, sondern nur die Gegenleistung für die von F. übernommene Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung ist. Bei Berücksichtigung dieser Verpflichtung ist die gesamte Vermögenslage des F. eher als verschlechtert anzusehen, da er ja im Falle der Nichtgenehmigung sogar schadenersatzpflichtig werden kann, im Falle der Genehmigung aber, wie wir gesehen haben, zur Herauszahlung der erhaltenen Summe an die Gesellschafter verpflichtet ist. Aus diesem Grunde ist mangels einer Bereicherung auch die von Jung, S. 49, vorgeschlagene analoge Anwendung von § 812 BGB. ausgeschlossen. Jung, S. 43, ist übrigens selber der Ansicht, daß die direkte Anwendung von § 812 nicht möglich ist, weil ein Rechtsverlust auf seiten des Eigentümers, der ja noch die Vindikation habe, nicht eingetreten sei. Dieses Argument scheint mir aber nicht stichhaltig, da die condictio possessionis, wenn man sie überhaupt anerkennt, nur eine tatsächliche Verschiebung der Besitzverhältnisse,

[1]) Der Wert des Mitbesitzes wäre nach freiem Ermessen zu bestimmen. Vgl. Oertmann, Vorbem. zu § 812, II a, β, S. 911.

[2]) Anderer Meinung ist Planck II, § 818, Bem. 4, S. 953.

nicht aber einen Rechtsverlust voraussetzt. Dieser Ansicht ist v. Mayr, S. 170. Die von Jung, S. 51, vorgeschlagene analoge Anwendung von § 816 für den Fall, daß die Vindikation tatsächlich vereitelt wird, ist m. E. ausgeschlossen, da § 816 im Gegensatz zu § 812 nur bei Rechtsverlust anwendbar ist.

Für das Römische Recht könnte nur eine Vindikation des E. bezüglich seiner portio gegenüber X. in Frage kommen. Hier wurde jedoch dem X. eine besondere Einrede gegenüber der Vindikation im Interesse des gutgläubigen Erbschaftsbesitzers gewährt[1]).

c) Ansprüche des E.

Es kann fraglich erscheinen, ob E. mit dem Erbschaftsanspruch, der hereditatis petitio des Römischen Rechts, von F. Herausgabe des empfangenen Geldes an sich selbst fordern kann. Claussen, S. 33, bejaht diese Frage mit der Begründung, daß das gezahlte Geld Surrogat eines zur Erbschaft gehörenden Auseinandersetzungsanspruchs des E. sei. Es ist bereits S. 40 darauf hingewiesen, daß diese Begründung deshalb nicht stichhaltig ist, weil das Geld nicht an die Stelle dieses Auseinandersetzungsanspruchs, sondern an die der Kaufpreisforderung des F. gegen X. getreten ist. Diese Kaufpreisforderung gehörte aber nicht zur Erbschaft, sondern war neu durch den Vertrag mit X. entstanden. Allerdings ist die Frage aufzuwerfen, ob F. den Erlös mit Mitteln der Erbschaft erlangt hat und die hereditatis petitio nach §§ 2019, 2018 BGB. gegeben ist. Dies ist

[1]) Exceptio quod praejudicium non fiat. Vgl. Windscheid-Kipp III, § 612, Anm. 15, S. 534; Schippers S. 15.

aber m. E. nicht der Fall, weil die fragliche Sache zu den Mitteln eines Dritten, nämlich der Gesamtheit der Gesellschafter, gehört hat. Hätte F. bei Lebzeiten des A. die Sache veräußert, so würde diesem allein auch kein Anspruch auf den Erlös zugestanden haben, vielmehr wäre ein Ersatz- oder Bereicherungsanspruch gegen F. in das Gesellschaftsvermögen gefallen. Dem Erben können aber unmöglich größere Rechte zustehen als dem Erblasser.

Nach Römischem Recht hatte dagegen E. unzweifelhaft die hereditatis petitio gegen F.; denn der von X. an F. gezahlte Preis war das Surrogat des von F. aus der Erbschaft in Besitz genommenen Eigentumsbruchteils. Durch seinen guten Glauben wurde F. gegenüber der hereditatis petitio nicht geschützt, da auch der gutgläubige Erbschaftsbesitzer den aus der Erbschaft erlangten Vermögensvorteil dem Erben herauszugeben hatte [1]).

Auch hier ist der Unterschied in der Rechtslage eine Folge der prinzipiell verschiedenen Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts nach Bürgerlichem und Römischem Recht. Denn nach BGB. gehört die Sache nicht zur Erbschaft des A., der Erbe E. kann also weder die Sache noch ihr Surrogat vom Erbschaftsbesitzer verlangen. Dagegen fiel nach Römischem Recht der Eigentumsbruchteil in die Erbschaft, und der Erbe war somit zur hereditatis petitio insoweit legitimiert.

d) Das Rechtsverhältnis zwischen B. und E.

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, daß die nach geltendem Recht entstandenen Rechtsverhältnisse durchaus von denen des Römischen Rechts verschieden

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp III, § 612, Anm. 13, S. 533.

sind. Nach BGB. haben die Gesellschafter gemeinschaftlich die Vindikation gegen X., der seinerseits auf seine obligatorischen Ansprüche gegen B. und E. angewiesen ist. Ansprüche zwischen B. und E. bestehen nach geltendem Recht also nur insofern, als beide einander verpflichtet sind, bei der Vindikation der Sache mitzuwirken. Die Erfüllung dieser Verpflichtung kann nach § 888 ZPO. als nicht vertretbare Handlung erzwungen werden[1]).

Im Römischen Recht dagegen waren zwar B. und E. Miteigentümer, X. war jedoch durch eine Einrede gegen eine vindicatio partis des E. geschützt. B. war aus dem Kaufvertrage befriedigt, E. verlangte den von F. eingezogenen Betrag mit der hereditatis petitio. Hier konnte überhaupt nur zu Bedenken die Frage Anlaß geben, ob obligatorische Ansprüche zwischen B. und E. bestanden.

Es ist bereits Seite 28 erwähnt worden, daß auch nach dem Tode eines Gesellschafters die actio pro socio gegeben wurde. Natürlich diente sie dann hauptsächlich der Geltendmachung der Ausgleichungsansprüche[2]); insbesondere aber wurde sie, wenn noch Erwerb zum Gesellschaftsvermögen gemacht wurde, zur Geltendmachung der obligatorischen Ansprüche der Gesellschafter auf Einräumung eines Anteils an dem erworbenen Gegenstande für wie gegen den Erben gewährt. So bestimmt l. 65 § 9. D. 17, 2: Quod ex re communi postea (sc. post mortem unius socii) quaesitum est . . ab herede quam heredi praestandum est. Es ist dies nur eine Anwendung des in l. 74 D. h. t. ausgesprochenen Grundsatzes: Si quis societatem contraxe-

---

[1]) Gaupp-Stein II, § 887, Bem. II, 2, Anm. 19, S. 694; § 888, I, S. 697.

[2]) Vgl. Wendt § 262, S. 634.

rit, quod emit, ipsius fit, non commune; sed societatis judicio cogitur, rem communicare.

In dem Rechtsfall der l. 62 D. h. t. konnte es hiernach sehr wohl fraglich erscheinen, ob nicht B. dem E. von dem eingenommenen Kaufpreis einen Teil herauszahlen mußte. Die Frage war aber wegen der individualistischen Gestaltung der societas ohne weiteres zu verneinen, da B. nur den Preis für den ihm gehörenden Teil der Sache erhalten hatte. Genau so wenig hatte B. einen Anspruch gegen E. auf einen Teil des von ihm mit der hereditatis petitio erlangten Geldes. Mit Recht wird gegen derartige Ansprüche geltend gemacht, daß anderenfalls auch bei bestehender Gesellschaft bei gemeinschaftlichem Verkauf einer Sache und Teilung des Erlöses entsprechende gegenseitige Ansprüche bestehen würden.

IV. Kapitel.

Die Rechtslage im Falle der Veräußerung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstücks.

a) Die Eintragung von F. ist nicht erfolgt.

Es ist nunmehr zu prüfen, wie sich die Rechtsbeziehungen gestalten, wenn zum Gesellschaftsvermögen ein Grundstück gehörte, und A. und B. unter Hervorhebung ihres Gesellschaftsverhältnisses gemäß § 48 GBO. als Eigentümer ins Grundbuch eingetragen waren. Die Über-

tragung des Eigentums an dem Grundstück an X. kann entweder so erfolgt sein, daß

a) der Grundbuchrichter die Legitimation des B. und F. ohne vorherige Eintragung des F. bei der Auflassung und Eintragung des X. (z. B. auf Grund eines von A. errichteten öffentlichen Testamentes) als vorliegend angenommen hat, oder daß

b) zunächst F. ins Grundbuch eingetragen worden war und erst dann die Auflassung erfolgte.

a) Wenn F. nicht im Grundbuch eingetragen war, ist X. trotz seiner Eintragung nicht Eigentümer des Grundstücks geworden. Die Vorschriften der §§ 932 ff. BGB. kommen hier überhaupt nicht in Betracht, da sie sich nur auf bewegliche Sachen beziehen. Auch nach § 892 BGB. hat kein Eigentumsübergang stattgefunden. Denn da A. und B. noch im Grundbuch als Eigentümer eingetragen waren, so ging die gesetzliche Vermutung des § 892 nur auf Gesamteigentum von A. und B. B. konnte also über seinen Anteil nach dem Inhalte des Grundbuches nicht verfügen. X. war daher bei dem Erwerbe nicht durch den öffentlichen Glauben des Grundbuchs geschützt.

Das Grundbuch ist sonach durch die Eintragung des X. unrichtig geworden. Gemäß § 894 BGB. können B. und E. von X. die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verlangen. Ausschließlich zuständig ist für die Klage gemäß § 24 Abs. 1 ZPO. das Gericht der belegenen Sache[1]).

B. und F. können auch gemäß § 899, Abs. 2 BGB. eine einstweilige Verfügung auf Eintragung eines Wider-

[1]) Vgl. Biermann § 894, Bem. c, S. 89.

spruchs erwirken. Für den Erlaß dieser einstweiligen Verfügung ist außer dem Gericht der Hauptsache in allen Fällen nach § 942 Abs. 2 ZPO. auch das Amtsgericht, in dessen Bezirk das Grundstück gelegen ist, zuständig. Außerdem kann auch der Vorsitzende des Prozeßgerichts die einstweilige Verfügung erlassen[1]). Eine Gefährdung des Rechts des Widersprechenden braucht in keinem Falle glaubhaft gemacht zu werden (§ 899 Abs. 2 BGB.).

Einer Bewilligung des X. zur Berichtigung des Grundbuchs bedarf es gemäß § 22 Abs. 1 GBO. nur dann nicht, wenn die Unrichtigkeit in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen wird, also z. B., wenn E. einen Erbschein vorlegt.

Würde X. freiwillig die Berichtigung des Grundbuchs bewilligen nnd beantragen, so könnte nach § 22 Abs. 2 GBO. die Berichtigung doch nur erfolgen, wenn die Zustimmung des B. und des E. in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen würde[2]).

Ein Widerspruch könnte vom Grundbuchrichter von Amts wegen nach § 54 Abs. 1 GBO. dann eingetragen werden, wenn er die Eintragung des X. nur auf Grund des Testaments ohne das Eröffnungsprotokoll, also unter Verletzung von § 36 GBO., vorgenommen hätte und er die Unrichtigkeit des Grundbuchs für erwiesen hielte[3]). Denn § 54 Abs. 1 GBO. setzt nicht einen Kausalzusammen-

---

[1]) Vgl. Biermann § 899, Bem. 2, S. 93; dagegen aber Wolff, Arch. f. die ziv. Praxis Bd. 91, S. 368.

[2]) Vgl. Oberneck Bd. I, S. 325 zu dieser bestrittenen Frage.

[3]) Güthe, § 54, Anm. 19, S. 902, meint, es genüge die Glaubhaftmachung der Unrichtigkeit. Nach OLG. Bd. 9, S. 344 ist nur das Ermessen des Grundbuchrichters maßgebend.

hang zwischen der Verletzung der Vorschrift des Gesetzes und der Unrichtigkeit des Grundbuchs voraus[1]).

Auch hier kann E. die Genehmigung zu der von B. und F. vorgenommenen Veräußerung erteilen. Denn die Auflassung und Eintragung zusammen bilden eine Verfügung über das Grundstück, die nach § 185 Abs. 2 BGB. genehmigungsfähig ist. Die Streitfrage, ob die Auflassung allein genehmigt werden kann, kommt daher hier nicht in Betracht. Auch Eccius, der die Möglichkeit einer Genehmigung der Auflassung allein verneint, nimmt an der Anwendung von § 185 Abs. 2 nach erfolgter Eintragung keinen Anstoß (Gruchot 47, S. 51).

Erteilt E. die Genehmigung, so wird X. mit rückwirkender Kraft Eigentümer, und der Inhalt des Grundbuchs entspricht der wahren Rechtslage. Ein etwa eingetragener Widerspruch ist deshalb nach den allgemeinen Vorschriften zur Löschung zu bringen. War der Widerspruch auf Grund einer einstweiligen Verfügung eingetragen, so bedarf es nach § 25 GBO. nicht einer Bewilligung des Berechtigten, wenn die einstweilige Verfügung durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben wird.

Hätte F. einen Erbschein erlangt gehabt, so wäre X. auf Grund der Vermutung des § 2366 BGB. Eigentümer geworden[2]).

In den obligatorischen Beziehungen der beteiligten Personen besteht nur für den Fall, daß X. nicht Eigen-

[1]) Vgl. Predari § 54, Bem. 5, S. 646, ebenso Güthe § 54, Anm. 15, S. 899.

[2]) Nicht erforderlich wäre gewesen, daß der Erbschein dem X. bei dem Kauf vorgelegen hätte. Vgl. Dernburg Bd. V, § 160, 2, Abs. 3, S. 450.

tümer wird, ein Unterschied gegenüber den für die bewegliche Sache gemachten Ausführungen. X. ist nämlich bei Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches gegenüber B. und F. nicht an die Beschränkungen des § 440 Abs. 2 BGB. gebunden, die sich nur auf bewegliche Sachen beziehen. Im übrigen sind die Rechtsbeziehungen der Beteiligten die gleichen wie bei der beweglichen Sache.

b) Die Eintragung des F. ist erfolgt.

Ist F. ins Grundbuch eingetragen worden, so genießt X. den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs und ist infolgedessen Eigentümer des Grundstücks geworden. Eine etwaige Verletzung des § 36 GBO. durch den Grundbuchrichter hätte dies nicht gehindert.

Die Beziehungen der Beteiligten zueinander gestalten sich genau so wie in dem oben, S. 41, behandelten Fall der Genehmigung bei der Veräußerung der beweglichen Sache. B. und F. haben also den Erlös zum Gesellschaftsvermögen zu erstatten.

Anhang.

Im vorstehenden sind nur die Rechtsverhältnisse erörtert worden, die eine zwischen A. und B. geschlossene Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts voraussetzen. Die Ausführungen treffen aber auch für eine Gesellschaft von Minderkaufleuten oder eine Gesellschaft von Kaufleuten zu einem einzelnen Handelsgeschäft zu, da diese Gesellschaften ebenfalls den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterstehen. Auch wenn es sich um eine Reederei handelte, wären die Rechtsverhältnisse nicht anders zu beurteilen.

Hätten A. und B. eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft gegründet, so würde sich eine Änderung nur insofern ergeben, als diese Gesellschaften die entstandenen Ansprüche im Prozeß unter ihrer Firma verfolgen können[1]).

Bei den Handelsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit einerseits und der stillen Gesellschaft anderseits ist nicht eine Mehrheit von Personen Subjekt des Vermögens und der dazu gehörigen Sachen. Sie kommen daher für die vorliegende Erörterung nicht in Betracht.

[1]) Eine Vertretungsmacht des B. hätte nach § 150 HGB. nicht bestanden.